



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0152/13, TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

D. José María Marín Quemada, Presidente
D^a. María Ortiz Aguilar, Consejera
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Consejero
D. Benigno Valdés Díaz, Consejero
D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín, Consejera
D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario

En Madrid, a 22 de noviembre de 2013

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0152/13, TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de 5 de septiembre de 2013 por el que se denegaba la confidencialidad de ciertos datos, en el marco del expediente S/0454/12 Transporte Frigorífico.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de diciembre de 2012 la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) notificó a TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, S.A. (en adelante, BELZUNCES) un requerimiento de información en el marco de la tramitación de la información reservada número DP/0036/12.
2. El 26 de diciembre de 2012, BELZUNCES contestó a dicho requerimiento solicitando la confidencialidad de determinada documentación aportada. Dicha solicitud no quedó justificada ni fue acompañada de ninguna versión censurada.
3. Con fecha 29 de julio de 2013 se recordó a BELZUNCES la necesidad de enviar justificación de la confidencialidad solicitada y, en su caso, aportar versiones censuradas de la misma.
4. El 5 de agosto de 2013 se recibió contestación a dicho requerimiento justificando la confidencialidad solicitada y aportando versiones censuradas.

5. El 5 de septiembre de 2013 la DI dictó Acuerdo por el que se deniega la confidencialidad de determinados datos.
6. El 17 de septiembre de 2013 mediante correo ordinario y con entrada en la CNC el 18 de septiembre de 2013, BELZUNCES interpuso recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC contra el Acuerdo de la DI de 5 de septiembre de 2013.
7. Con fecha 25 de septiembre de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNC solicitó a la DI antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
8. Ese mismo día, el 25 de septiembre de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por BELZUNCES. En dicho informe, la DI propone la desestimación del recurso interpuesto por BELZUNCES por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC.
9. Con fecha 2 de octubre de 2013 se admitió a trámite el recurso de BELZUNCES, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. Dicho acuerdo fue notificado a BELZUNCES el 3 de octubre de 2013. BELZUNCES no ha formulado alegaciones en dicho trámite.
10. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.
11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de noviembre de 2013.
12. Es interesada TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DI de 5 de septiembre de 2013, por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos en el marco de la tramitación de la información reservada número DP/0035/12.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso, BELZUNCES solicita al Consejo de la CNC que: (i) revoque el Acuerdo de la DI de 5 de septiembre de 2013; (ii) acuerde la confidencialidad de los datos de identificación de las facturas aportadas para el período comprendido entre 2000 y 2008; (iii) incorpore al expediente la versión no confidencial de la contestación a la pregunta 8 del requerimiento de la DI y (iv) ordene la remoción del expediente de la versión confidencial de la contestación al requerimiento de información de la DI.

En su recurso, BELZUNCES alega que el Acuerdo de la DI de 5 de septiembre de 2012 por el que se denegaba la confidencialidad de los datos incluidos en las preguntas 7.d) y 8 de su contestación al requerimiento de la DI de 12 de diciembre de 2012 le puede producir un perjuicio irreparable.

En cuanto a dicho perjuicio, señala BELZUNCES que no sólo existe la posibilidad de que dicha información sea conocida por los competidores que sean parte en el expediente S/0454/12, sino también de que lo sea por cualquier ciudadano y entre ellos, cualquier otro competidor de A. BELZUNCES en virtud de lo dispuesto por el art. 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92). La irreparabilidad del daño derivaría, pues, de la publicación de datos que BELZUNCES considera confidenciales.

BELZUNCES afirma que la DI otorgó la confidencialidad a todos los datos de las facturas comprendidas entre 2009 y 2012, mientras que la denegó para las facturas de los ejercicios 2000 a 2008, argumentando que habían perdido su carácter confidencial por tener una antigüedad superior a cinco años. Sin embargo, BELZUNCES considera que el párrafo 23 de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (en adelante, la Comunicación) no prevé su aplicación automática sino que exige de un ejercicio de análisis para discernir cuándo cada uno de los datos de las facturas devienen obsoletos. Entiende, por tanto, que dicho automatismo únicamente sería aceptable para los tipos de información que el párrafo 23 de la Comunicación establece, entre los que no se encuentran los relativos a ficheros de clientes. BELZUNCES añade que estas facturas otorgan a sus competidores información

sensible sobre su cartera de clientes, prueba de lo cual es que de los once clientes mencionados en las mismas, varios (nueve) fueron identificados por A. BELZUNCES como sus principales clientes actuales en la respuesta a la pregunta 7.d) de la contestación al requerimiento de la DI. Por ello entiende que es posible afirmar el carácter confidencial de dichos datos.

Por último, en apoyo de su argumentación, BELZUNCES hace referencia a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009, en el asunto T-24/07, Thyssenkrupp Stainless contra Comisión, en la que se analizaba un caso en el que la Comisión Europea consideró adecuado mantener como confidencial el nombre de un cliente incluido en unas facturas de más de diez años de antigüedad. La recurrente considera así acreditada la existencia de un precedente de la Comisión similar al caso planteado en el presente recurso.

En su informe emitido el 25 de septiembre de 2013, la DI considera que el recurso debe ser desestimado por tratarse de información relativa a la política comercial de la empresa que ha perdido su posible consideración de secreto comercial por el transcurso del tiempo, careciendo a día de hoy del carácter estratégico imprescindible para su consideración como secreto comercial de la empresa, tanto de los datos de los clientes como del nivel de precios, pues el elemento que lleva a reiterar la no confidencialidad de dicha información es la antigüedad de ésta, superior a cinco años.

SEGUNDO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.

Conforme al artículo 42 LDC, *“En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales”*.

La LDC posibilita, pues, que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo. Ahora bien, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de la antigua CNC (entre otras, Resolución del Consejo de 7 de febrero de 2013; expte. R/0121/12, MADERAS JOSE SAIZ). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran *“sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”*. Asimismo, ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no coartar la publicidad y transparencia con la que debe conducirse la Autoridad llamada a resolver el procedimiento, así como el legítimo de los terceros interesados a conocer la materia sobre la descansa la resolución que en su día se dicte. En este sentido, resulta relevante señalar que la propia exposición de motivos de la Ley 3/2013 señala que *“la transparencia de la actuación de la Comisión es un elemento que refuerza su legitimidad y contribuye a infundir la necesaria confianza de los ciudadanos en la institución [...] La transparencia de la actuación de la Comisión es un elemento que*

refuerza su legitimidad y contribuye a infundir la necesaria confianza de los ciudadanos en la institución”, aspecto sobre el que la Ley dedica su Capítulo V.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.

A la vista de la información controvertida, este Consejo coincide con el informe presentado por la DI en que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el art. 42 LDC.

Como se ha señalado en los antecedentes de hecho, la DI en su Acuerdo de 5 de septiembre de 2013 declaró confidenciales aquellos documentos que contenían datos que podían constituir secretos de negocio para BELZUNCES. A sensu contrario, declaró la no confidencialidad de aquellos documentos que habrían perdido dicho carácter confidencial por el transcurso del tiempo.

La Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (2005/C 325/07), señala en su apartado 23, como bien apunta en su informe la DI, que *“La información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales”*. Por tanto, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada información que, en un primer momento, podía considerarse confidencial deje de serlo ya que, por su antigüedad, no refleja la situación actual de una empresa o sector económico debido a la constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado a que los mismos se ven sometidos, variables a lo largo del tiempo. La Comunicación de la Comisión presume que un plazo superior a cinco años legitima, pues, para considerar no confidenciales determinados documentos.

Este mismo argumento ha sido esgrimido por las autoridades de competencia españolas en numerosas Resoluciones anteriores, entre otras, la Resolución del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013 (R/0120/12 AGLOLAK). Es, pues, la antigüedad de las facturas de los años 2000 a 2008, que abarcan documentos de cinco a trece años de antigüedad, el criterio que justifica que no se considere información confidencial, careciendo por tanto, actualmente, de su posible consideración de secreto comercial, requisito imprescindible para justificar la declaración de confidencialidad.

La propia recurrente reconoce expresamente en su escrito de recurso que el transcurso del tiempo despoja del carácter de secreto comercial a la mayor parte de los datos de las facturas comprendidas entre los años 2000 y 2008, sobre cuya denegación de confidencialidad *“no se formula oposición alguna”*. Únicamente recurre contra la aplicación de la citada presunción respecto a los nombres de los clientes que aparecen en las facturas al alegar que de los mismos se puede deducir fácilmente quiénes son

sus clientes actuales. Sin embargo, la DI ha otorgado la confidencialidad a las facturas comprendidas entre los años 2009 y 2012, por lo que difícilmente se puede comprobar que los clientes de A.BELZUNCES entre 2000 y 2008 siguen siendo los mismos entre 2009 y 2012. Pero es que, además, la propia recurrente reconoce en su contestación al requerimiento de la DI que *“también se puede comprobar como algunos de los clientes del 2000 van desapareciendo a lo largo del tiempo y surgen otros nuevos (ya sea por extinción de la actividad o por no llegar a acuerdos comerciales)”*, lo cual constituye una manifestación de la evolución del mercado a la que hemos hecho referencia y que justifica que determinados documentos dejen de considerarse confidenciales por el transcurso del tiempo. La amplitud del período, entre cinco y trece años, impide generar certeza sobre la estabilidad de los clientes de BELZUNCES, cuestión sobre la que la propia recurrente se ha manifestado al referirse a la desaparición de algunos de ellos y la aparición de nuevos, como ha quedado reflejado.

La recurrente sostiene que *“existen casos en los que la propia Comisión Europea ha considerado que resultaba necesario calificar como confidencial el nombre de clientes de facturas de más de diez años de antigüedad”*, basándose en lo dispuesto en el relato fáctico realizado por el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 1 de julio de 2009, en el asunto T-24/07, Thyssenkrupp Stainless contra Comisión. Al respecto indica que *“la Comisión Europea consideró adecuado mantener como confidencial el nombre de un cliente incluido en unas facturas de más de diez años de antigüedad”*. Sin embargo, de la lectura de la sentencia mencionada no es eso lo que se desprende. Así, la misma señala en su párrafo 260 que *“Debe señalarse, en vista del anexo S2 de la respuesta de la Comisión a la pregunta formulada por el Tribunal de Primera Instancia, que la información considerada no accesible en la versión no confidencial transmitida a la demandante no se incluye a priori en la categoría definida en el última frase del apartado 23 de la Comunicación de 2005”*. Se recuerda que la última frase del apartado 23 de La Comunicación establece que *“Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales”*. Este Consejo, pues, no puede más que compartir lo señalado por la DI al respecto, en concreto, que *“la información considerada no accesible en la versión no confidencial transmitida a la demandante no se incluía en la categoría de documento con más de cinco años de antigüedad”*.

Por todo ello, este Consejo coincide plenamente con la valoración de la DI, entendiendo que la información controvertida no entra dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 LDC.

Por último, se recuerda que la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por A.BELZUNCES no significa que estos datos se hagan públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por BELZUNCES supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, no es alegada por la recurrente en su recurso de 18 de septiembre de 2013.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 24 de abril de 2013 (Expte. R/0133/13, T.M.E. LLAMADAS MÓVILES) en las que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Analizando las circunstancias del caso resulta evidente que la no declaración de confidencialidad de determinados documentos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión.

Cuestión diferente es que la recurrente no haya hecho uso del plazo que este Consejo le ha concedido para formular alegaciones. Efectivamente, el Acuerdo del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013 concede a la recurrente un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pueda presentar alegaciones al mismo. Sin embargo, no consta en el expediente presentación alguna de las mismas.

No obstante, el hecho de que BELZUNCES haya podido recurrir el Acuerdo de la DI de fecha de 5 de septiembre de 2013 pone de manifiesto que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de Confidencialidad de la Dirección de Investigación de fecha de 5 de septiembre de 2013 ocasione indefensión a BELZUNCES.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar

que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

BELZUNCES estima que la no declaración de confidencialidad de las facturas correspondientes a los ejercicios comprendidos entre el año 2000 y el 2008 puede provocarle perjuicio irreparable. Para justificar el mismo únicamente se limita a señalar que *"el alcance de la difusión de la información incorporada como no confidencial (...) es de imposible control. (...) pues cualquier persona (competidores diferentes de los afectados por el expediente, pueden tener acceso a esos datos que (...) son secretos comerciales y afectan decisivamente a la misma subsistencia de Transportes Antonio Belzunces. Entiende esta parte que la afectación a su subsistencia es un daño irreparable para la empresa"*. De este modo, BELZUNCES no justifica qué daño le puede provocar la declaración de no confidencialidad de los datos controvertidos. Se limita a añadir que *"el daño que podría producirse en el caso del expediente R/0135/13, Serradora Boix (Resolución de 18 de abril de 2013) es idéntico, en términos de irreparabilidad, al daño que podría producirse en nuestro caso si se publicase la información confidencial de la Contestación al Requerimiento de Información."* Olvida, BELZUNCES que el Consejo de la CNC desestimó el recurso al que hace referencia argumentando que *"SERRADORA BOIX no ha especificado ni concretado suficientemente el perjuicio económico que le causaría la divulgación entre las partes del expediente"*.

Este Consejo se reitera en lo ya expuesto en el fundamento jurídico segundo, haciendo hincapié en que el transcurso de cinco o más años hace perder su carácter confidencial a la información comercial. El hecho de que en la propia contestación al requerimiento de la DI BELZUNCES señale que *"también se puede comprobar como algunos de los clientes del 2000 van desapareciendo a lo largo del tiempo y surgen otros nuevos (ya sea por extinción de la actividad o por no llegar a acuerdos comerciales)"*, evidencian esta circunstancia. De este modo, queda patente que el transcurso de cinco a trece años es un período suficientemente amplio para considerar registradas modificaciones en el listado de clientes de A. BELZUNCES y, por tanto, entender que dicha información ha perdido su carácter confidencial.

Cabría añadir también que no existe peligro de divulgación de la mencionada información porque ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de A. BELZUNCES.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 5 de septiembre de 2013 por el que se denegaba la confidencialidad de ciertos datos, en el marco del expediente S/0454/12 Transporte Frigorífico, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la empresa, no reuniendo, por tanto, los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.